445

E

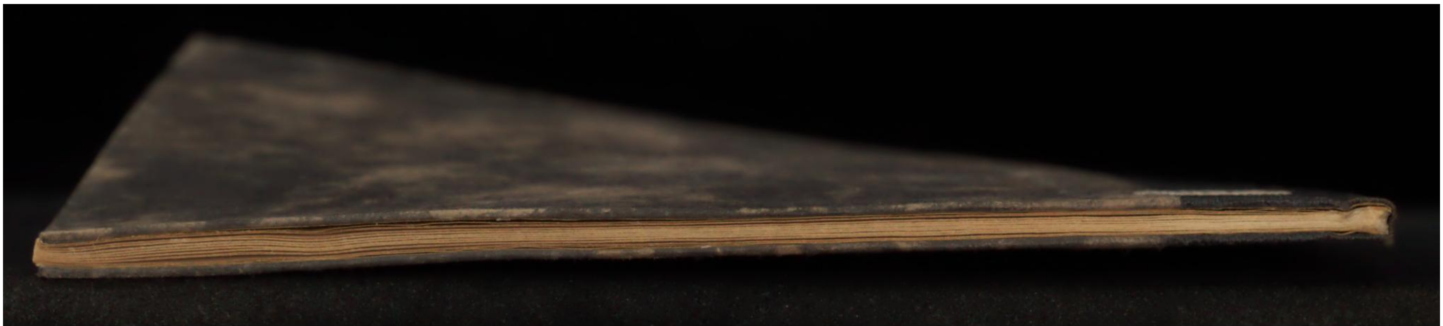
137

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137



Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137



Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137



Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137



Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

445
E 137

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

445 E 137
39.

DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS, *DE* MUTUO.

QUAM

FAVENTE DEO OPT. MAX.

Ex auctoritate Magnifici Rectoris

D. WOLFERDI SENGUERDII, L.A.M.
Phil. & J. U. Doct. illiuſque in Illuſtri Academiâ
Lugd.-Bat. Profeſſ. ordinarii, celeberrimi, &c.

NEC NON

Ampliſſimi Senatus Academici Conſenſu, & Nobiliſſima Facultatis JURIDICÆ *Decreto*,

PRO GRADU DOCTORATUS,
Summiſque in UTROQUE JURE Honoribus & Privilegiis
ritè ac legitimè conſequendis,

Eruditorum examini ſubjicit

CORNELIUS van BERENDREGT, Lugd.-Batav.

Ad diem 22 Febr. hora locoque ſolitis.



Koninklijke Bibliotheek te 's Hage

LUGDUNI BATAVORUM,
Apud ABRAHAMUM ELZEVIER,
Academiæ Typographum. MDCXCII.

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

FAUTORIBUS

ATQUE

AMICIS

HOC

INAUGURALE

LEMMA

SACRUM FACIT

AUCTOR.

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

DISPUTATIO JURIDICA INAUGURALIS.

DE

MUTUO.

ΠΡΟΛΕΓΟ'ΜΕΝΟΝ.

Ut his, qui auro effodiendo operas addixere, prima in involucris ejus cura ponitur, & nunc frangendo nunc mollϊendo adnituntur, donec ad ipſum, quod abſtruſius latet, metallum aditus ſit retectus; ita qui rei cujuſquam eſſentiam rationis acumine erutum eunt, primitias laboris ſui vocis enodationi, ſub qua tanquam involucro res tecta latet, conſecrare amant: nec Spartæ, ex more Inclytæ hujus Academiæ, pro gradu mihi exornandæ, incongruum fore arbitror, ſi, priuſquam ad ipſam materiæ interpretationem progrediar, ne illotis, quod ajunt, pedibus hanc provinciam di-

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

car ingreſſus, primo quædam de voce ipſa præmittam, tum
quia id ſolenne noſtris: tum quia non raro argumentum duci
ſolet ab etymologia, & quidem interdum affirmative, non-
nunquam negative pro ſubjectæ ratione materiæ: *vid. late Everh.*
loc. legal. loc. ab etym. 4. tum denique quia licet potior rerum,
prior tamen verborum ratio habenda; primumque intelligendæ
cujuſque rei principium ſolet eſſe ejus vocis intelligentia. *Sca-*
lig. exerc. 1 *lect.* 1.

Igitur, ut *ἄνδ προοιμίων ϗ παθῶν* (quod olim Athenis pu-
blice dicturos monebat præco) ordiamur, *Mutuum appellatum*
eſt quia ita à me tibi datur ut ex meo tuum fiat, inquit Juſtinianus,
in pr. 1. *quib. mod. re contr. oblig.* ſecutus in eo JCtos Paulum *in*
l. 2. *§.* 2. *ff. de reb. cred.* & Gajum *in fragm. lib.* 2. *Inſt. de obl.*
Num autem hæc mutui originatio vera ſit, ut vult D. Grotius
in flor. ſparſ. ad d. pr. Inſt. quib. mod. &c. an vero Stoicorum tantum
conficta imitatione, adeoque ſcita magis & concinna, quam
vera cum Cujacio *lib.* 11. *obſerv. c.* 37. dicenda ſit: magiſque à
muto; ut à *divido* dividuus: fatuus à *fando* derivetur: an deni-
que juxta Varronem *lib.* 4. *de ling. lat.* à nomine Siculo *μοῖτον* de-
ducatur, non admodum anxie inquirendum exiſtimamus, certi,
quod Javolenus *l.* 202. *ff. de R. J.* de definitionibus affirmat, *ple-*
raſque in jure nominum originationes, *periculoſas eſſe*, *parumque*
abfuturum, ſi ad Grammaticorum regulas exigantur, *ut non ſubverti*
poſſint. Illd magis ad rem ſpectare videtur quod hac occaſione
obſervat Donellus, *lib.* 14. *comm. jur. civ. c.* 1. ineſſe in hoc mu-
tui verbo reciprocationem quandam mei & tui, i. e. hanc vim,
ut non tantum meum fiat tuum, ſed & viciſſim tuum meum;
quo facit *l.* 80. *ff. de ſolut.* Idque tum Latini ſermonis proprietas;
tum uſus loquendi veterum probat, nam quæ ſunt reciproca
mutua vocant, ut cum dicunt, *mutuum amorem*: *l.* 1. *ff. de don.*
int. vir. & ux. mutuam penſationem: *l.* 39. *ff. ſol. matr. mutuas operas.*
Ter. in Phorm. act. 1. *ſcen.* 5. *Plaut. Trinum*: *Lesbon quid agit filius C.*
P. Bene vult tibi. L. Ædepol mutuum mecum facit. Quæ obſervatio
ad naturam mutui plenius dignoſcendam pertinet ut ex iis, quæ
in *cap.* 4. §. 1. dicentur, apparebit.

Vellicat autem hæc eadem obſervatio virum quendam ma-
gni nominis, ad miraculum (*Caſaubon: ep.* 424.) doctum, qui (poſt-
quam ei in mentem veniſſet jactitare ingenium Juris-peritis ir-
ritan-

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

ritandis, & diatribam *de mutuo, non eſſe alienationem* ſparſiſſet) problema illud vexandum objecit, *qua in re conſiſteret mutuum.* Utrumque, prudentiorum judicio, irrito ſucceſſu. Quanquam non defuerunt, qui iſti plauſum dederint, *haud alio proniore lapſu, quam ubi falſæ rei gravis auctor exiſtit*, ut Plinius. Nec novum, inquit alibi Alciat:, humaniorum ſtudiorum auctores errare, cum ad alias diſciplinas, præſertim legalem, deſultare volunt. Veriſſimum ſcilicet illud eſt; *equus in quadrigis, in aratro bos.*

Navem agere ignarus navis timet: abrotonum ægro
Non audet, niſi qui didicit, dare, quod medicorum eſt,
Promittunt medici, tractant fabrilia fabri. Hor. 2. ep. 1.

Non pœnituit etiam Viros Illuſtres in hoc negotio altercationis ſerram reciprocare, ut ea ratione juriſprudentiæ Juſtinianeæ dignitatem (quam Ille hac occaſione multis novis, atque à veris juris principiis, ac fundamentis, quam alieniſſimis interpretationibus, miſere deturparat) omni ope tuerentur. Verum hoc in tranſitu. Neque enim in Eriſticam illam arenam deſcendere nobis hic animus eſt. Quare, mortuo leoni barbam vellere, aut cornicum oculos configere hic nos voluiſſe, non eſt, quod quis criminetur.

Mutuandi porro vocabulum aliquando generalius & improprie tribuitur negotiis, in quibus vel uſus, vel aliud præter dominium transfertur *l.* 49. *§.* 2. *ff. de leg.* 3. *l.* 12. §. 14. *ff. de inſtr. vel inſtr. leg.* Plerumque autem ſtrictius magiſque proprie accipitur, vel pro re quæ in contractum mutui venit *pr.* 1. *quib. mod. re contr. obl. l.* 2. *§.* 3. *ff. de reb. cred.* vel pro ipſo contractu mutui. *§.* 2. *Inſt. de jur. nat. l.* 1. *in fin. junct. l.* 2. *§.* 3. *ff. de reb. cred.* Atque in hac poſtrema ſignificatione, quæ noſtri potiſſimum inſtituti erit, definiri poteſt, quod ſit; *contractus, quo res pondere, numero, menſurave conſtantes, aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, & quandoque nobis non eædem res, ſed aliæ ejuſdem naturâ & qualitatis reddantur.* Hanc definitionem tantum non iiſdem verbis proponit Imperator *in pr.* 1. *quib. mod. re cont. obl.* & JCtus Gajus *in l.* 1. *§.* 2. *ff. de obl. & act.* cujus partes & ſingula verba diligentius & ſigillatim conſiderata materiam diſputationi ſuppeditabunt ſufficientem, & campum, quo diſcurramus, aperient ſatis ſpatioſum.

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

CAP. I.

Mutuum quid? quomodo dicatur re contrahi: & quotuplex.

Mutuum eſſe contractum, & quidem nominatum, atque ex numero eorum qui re ineuntur, evidentiſſime probant & analogia & loca juris manifeſtiſſima: *§. ult. Inſt. de obl. junct. pr. tit. ſeq.* In quibus contractus in eos, qui re fiunt, aut verbis, aut literis, aut conſenſu, dividuntur, & mutuum, tanquam ſpecies quæ re contrahitur, ſubjîcitur; idemque confirmat *§. 2. Inſt. de jur. nat. l. 1. §. 1. 2. ff. de obl. & act. l. 9. §. 3. ff. de reb. cred. &c.*

Non ſequemur eorum ſententiam, qui, adeo manifeſte contra authoritatem & utilitatem juris, invitaque ratione, nolunt mutuum eſſe verum ac proprium contractum, quia ex eo ultro citroque obligatio non naſcitur. Neque enim improprietas ulla reſultat, ſi contractus ultro citroque obligationis συνάλλαγμα non habeat, juxta *l. 7. §. 2. ff. de pact. l. 5. §. 1. & ſeqq. ff. præſcr. verb. Ungep. exerc. 10. quæſt. 7. p 497. in fin.* Proprietas ſiquidem vel improprietas contractuum non eſt ſumenda ſive æſtimanda ex modo obligandi, ſed ex modo contractum ineundi: ita ut proprie dicatur contractus celebratus eſſe, quoties negotium aliquod geritur inter partes conſentientes: improprie, quando negotium revera inter partes geſtum non eſt, lex tamen geſtum eſſe fingit; ſicque lex inter partes obligationem ex æquitate inducit, ut apparet ex *l. 5. ff. de obl. & act. tot. tit. de obl. quæ q. ex contr. ubi vid. Clariſſ. Hub.* Ex quo poſteriore textu vel ſolo, mutuum eſſe verum ac proprium contractum evidentiſſime probatur. Statim enim in *d. t.* initio hæc leguntur: *Poſt genera contractuum enumerata &c.* Quæ certe verba & mutuum complectuntur; ſiquidem hic contractus in ſuperioribus explicatus quoque fuit. Deinde ſtatim illa eodem in tit. annectuntur: *diſpiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie naſci ex contractu intelliguntur.* Hæc profecto ad proxime præcedentia relata apertiſſime oſtendunt, titulis præcedentibus, obligationes quæ proprie ex contractu ſunt; illo vero titulo, ſcilicet *de obligat. quæ quaſi ex contract. naſcunt.* obligationes, quæ non ſunt proprie ex

ex contractu explicari. Quare quod Cujacius, aliique, mutuum contra tot claros textus verum ac proprium contractum eſſe negent, neſcio an eo facile quidquam ineptius, atque à ratione juris alienius à viris Doctis excogitari potuerit. Certe ad id cauſa ſufficiens non eſt *in l. 19. ff. de verb. ſignif.* manifeſtiſſimum enim eſt neque Labeoni neque Ulpiano eo loci mentem propoſitumve fuiſſe accurate definiendi, quid eſſet contractus, quæve ejus ſpecies. Quis enim unquam dixit, genus contractus eſſe obligationem? Effectus illa eſt non genus. Conventio vero genus eſt, uti ipſe ſentit Ulpianus, quando ex inſtituto eorum naturam deſcribit, ut *in l. 1. §. 2. ff. de pact.* ubi Pedii ſententiam conlaudans, dicit nullum eſſe contractum, qui non habeat in ſe conventionem. Proinde eos, qui *d. l. 19.* innituntur, definitionem rei à qualicumque vocum deſcriptione non bene diſcernere, ſolidiſſime demonſtrat *Clariſſ. Bockelm. in tractat. de action. c. 3. part. 13. §. 4.* Simulque oſtendit gravius errare, qui ut mutuo & ſtipulationi locum inter contractus aſſerant, ultro citroque obligationem in his fingunt. Ideoque prodigii inſtar viſum fuit hanc mutuam obligationem in mutuo & ſtipulatione non diſplicere viro *Doctiſſ. J. Wiſſenb. in comment. ad tit. ff. de V. S. diſp. 19. th. 2.* Qui nihil veritus, ut ipſe dict. loco ait, hoc tueri paradoxum, *contractum in genere recte definiri ultro citroque obligationem*: mutuum quoque & ſtipulationem inter contractus διπλεύρους, ex quibus utrimque naſcitur obligatio, referre non dubitat; argumentoque utitur, inter alia, Theſprione Plautino, *qui non otioſe, inquit, ſe Epidico obſtrinxiſſe putandus eſt, dum cœnam ab eo promiſſam accepturum ſe ſpondet*: indeque concludit, *creditorem obligatum eſſe ſi non ad præſtandum, certe ad accipiendum.* Quod uti nobis magis inter facetias Plautinas, quam ſeria JCtorum reſponſa referendum videtur; ita & ad cætera, quæ vir (cæteroquin revera) magnus pro hac ſua opinione ſtabilienda adfert, quod reſpondeamus in arena haud defuturum confidimus.

§. I.

Sed è diverticulo, in quod nos adduxit præſentis inſtituti ratio & diligentior cura inveſtigandæ contractuum naturæ, in viam redeamus. Satis jam conſtat mutuum recte definiri contractum. Recte etiam dicitur nominatus, cum propter utilitatem quam præbet humano generi ſuamque frequentiam, certum ac ſpe

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

ſpeciale nomen, certamque, quibus à cæteris diſtinguitur, formam (nimirum quod re contrahatur) habeat. De hac autem ut plenius conſtet, jam diligentius diſpiciamus: quam in finem res paulo altius repetenda longiuſque arceſſenda videtur. Licet igitur in omnibus contractibus res interveniat, i. e. negotium de quo inter contrahentes convenit *pr. 1. de oblig. l. 6. ff. de V. S.* Licet etiam adſit conſenſus, quod in omni contractu ſit conventio *l. 1. §. 2. 3. ff. de pact.* atque inſuper adeſſe debeant verba, vel quod vice verborum fungitur; cum neceſſe ſit voluntatem vel verbis, vel literis, vel ſignis æquivalentibus manifeſtari *l. 4. ff. de legib. l. 1. l. 7. in fin. ff. de ſupell. leg.* Re tamen quidam contractus conſtare dicuntur à principaliori deſumta denominatione: non quod res magis ſit de eſſentia contractus, quam conſenſus, cum nec hic unquam abeſſe debeat *l. 32. verſ. hoc enim niſi inter conſentientes fieri non poteſt, ff. de reb. cred. l. 55. l. 57. ff. de O & A.* ſed quod præcipue re contrahantur, ita ut non conventio, ſed res tradita demum initium obligationi præbeat *l. 4. l. 6. ff. ad JCtum Maced. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut.* de quo plura infra ad *pr. cap 3.*

Obſervandum autem hoc loco *re contrahi* non uno ſemper accipi modo. 1°. enim *re contrahi* dicitur, dum tacito conſenſu interveniente, qui ex aliquo facto colligitur, contractus, qui ſolo conſenſu conſtat, celebratur *l. 4. ff. pro ſoc.* Eodemque fere modo obligationes ex quaſi contractu ex re venire dicuntur in *l. 46. ff. de O. & A.* quando ſc. intrinſecus negotii natura actionem ſuggerit, ipſaque rei æquitas eam dictat, licet nulla conventio interveniat. Quomodo & Imperator obligationes ex maleficio *ex re* i. e. *ex ipſo maleficio* naſci affirmat *pr. 1. de obl. q. ex mal. naſc.* Quæ quidem ab hoc loco aliena ſignificatio videtur.

2°. re contrahi dicuntur contractus, ex quibus, quamvis conventio expreſſa intervenerit, nulla obligatio naſcitur quamdiu res nondum tradita eſt *l. 45. ff. de pact. l. 1. §. 2. ff. de rer. permut. l. 3. C. eod.* Quod quidem & mutuo convenit *l. 30. ff. de reb. cred.* ſed tamen non plene ejus naturam exprimit, ut apparet ex *l. 2. pr. & §. 1. ff. eod.* Atque hinc

3°. ſtrictius re contrahi dicuntur coutractus, in quibus quæ res eſt accepta vel in genere, vel eadem in ſpecie eſt reſtituenda

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

tuenda *tot. tit.* 1. *quib. mod. re cont. obl. l.* 1. *pr. & §§. ſeqq. ff. de O & A.*

Facile ex hiſce cuivis, ni fallor, conſtabit quomodo mutuum intelligatur re contrahi; quod in ſequentibus manifeſtius adhuc apparebit. Antequam autem ulterius in explicatione noſtræ definitionis procedamus, ſpecies hujus contractus, quas vulgus D. D. comminiſcitur, age hic paulo curatius examinemus.

§. 2.

Mutui à D. D. variæ traduntur diviſiones & ſpecies: etenim mutuum

1°. aliud dicitur eſſe naturale tantum: aliud civile tantum: aliud mixtum naturale & civile ſimul. *Schneid. pr.* 1. *quib. mod. re contr. obl n.* 22. *Mynſing. ibid. n.* 9. *& ſeqq.*

Naturale tantum appellant, ubi quis pecuniam ſuam ſuo nomine numeravit.

Civile tantum, in quo revera numeratio non intervenit, ſed ubi quis ſpe numerationis ſecuturæ pecuniam ſe accepiſſe confeſſus eſt.

Mixtum duplex faciunt; naturale, cui cooperatur jus civile: & civile, cui cooperatur natura. Illud vocant cum ab alio meo nomine pecunia numerata eſt: in quo, quod numeratio intervenit, naturale videtur: quod autem per alium mihi actio acquiritur ex jure civili eſt, *vid. l.* 9. §. 8. *ff. de reb. cred.* Hoc, civile nimirum, appellant, ubi quis pecuniam vel acceptam, vel mox numerandam ſtipulanti ſe redditurum promittit: de quo caſu in *l.* 6. §. 1. *l.* 7. *ff. de novat.* Hic oritur mutuum civile per ſtipulationem, quæ eſt juris civilis: cui natura per numerationem favet & cooperatur.

Plane cum hoc caſu poſteriore id agatur ut ſola ſtipulatio teneat, & numeratio vix aliter quam implendæ ſtipulationis gratia fieri intelligitur, ut loquitur JCtus in *d. l.* 7. adeoque non tam requam verbis obligatio contrahatur; effectu juris inſpecto iſte contractus pro mutuo habendus non erit. Porro cum mutuum numeratio conſtituat juxta *l.* 2. §. 3. *ff. de reb cred.* ex eo quod actio alteri quæritur in *d. l.* 9. §. 8. ſpecies variari non videtur. Eandemque ob rationem nec mutuum, quod mere civile nuncupant, inter ſpecies referri poterit, cum in eo numeratio

ratio

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

ratio non intervenerit. Mutuum autem non poteſt eſſe niſi proficiſcatur pecunia: appellata eſt enim mutui datio ex eo quod de meo tuum fiat, & ideo ſi non fiat tuum non naſcitur obligatio: ſunt verba JCti in *d. l. 2. §. 3. ff. de reb. cred.* Ut ita remoto mutuo mixto & utraque ejus ſpecie, mutuoque civili, tantum ſuperſit mutuum naturale. Quod unicum duntaxat mutuum eſſe patet ex *§. 2. in fin. 1. de jure nat.*

2°. Mutuum alii dividunt in gratuitum & fœneratitium. Sed hoc ab accidenti eſt deſumtum, ideoque nec revera mutuum. Nam ut commodatum eſt gratuitum, quod eſt quaſi mutuum ad uſum, ita & mutuum, quod eſt quaſi commodatum ad abuſum. Et longe aliud eſt mutuum, aliud fœnus; quod vel ille Comici verſus indicat, *ſi mutuum non potero, certum eſt ſumam fœnore.* Indeque illa dubitatio in *l. 71. §. ult. ff. de fidejuſſ.* an teneat ſi Titio mandavero ſimpliciter pecuniam credere, i. e. mutuam dare, & is fœneraverit: atque adeo longe aliud eſt actio mutui, aliud actio Calendarii. Etenim mutui obligatio re contrahitur; Calendarii verbis. Nam citra ſtipulationem mutuatitiæ pecuniæ uſura deberi non poteſt, neque ex pacto in continenti adjecto, neque ex mora judicis officio: acceditque obligationi mutui obligatio Calendarii. Qua de cauſa in ſpecie *d. §. ult.* quia qui fœneravit, cum ego mandaſſem ut crederet, ſimul etiam credidit, placet teneri me mandati, in ſortem ſcilicet non in uſuras, i. e. mutui nomine non Calendarii. *Cujac. lib. 2. obſerv. c. 37.*

3°. dividitur in verum ſive proprium; & in improprium, benignum, ſingulare *arg. l. 15. l. 20. ff. de reb. cred. l. 34. pr. ff. mand.* Quod etiam quaſi mutuum appellari poſſet, cum in jure plures ejuſmodi diviſiones in verum & quaſi reperiantur, ut poſſeſſionis *pr. 1. de interd.* contractus & maleficii *§. ult. 1. de oblig. §. 2. 1. de uſufr.* Verum contrahi exiſtimatur cum nummi proprii dantur ab eo qui jus dandi habet. Quaſi conciliari ſive fieri putatur, cum nummi alieni, vel etiam proprii ab eo tamen qui dandi jure caret credendi animo traduntur: & demum poſt conſumtionem mutuo dati intelliguntur *l. 11. §. ult. l. 12. in fin. l. 13. pr. & §. 1. l. 19. in fin. ff. de reb. cred.* Ex quibus colligitur ut ſive ob perſonam dantis, veluti pupilli, ſive qualitatem nummorum, qui ſunt alieni, numeratio ſola dominii tranſlationem adeoque mutuum operari non poſſit; conſumtione tamen

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

[redacted] mutuum intro-
duci *arg. d. l.* 12. *l.* 13. *ff. de reb. cred.* In quibus textibus non condictione ſine cauſa, ſed condictione certi ex mutuo agi, tum ipſe textus, tum rubrica ſatis evincit, ut cenſet *Bachov. in not. ad Treutl. diſp.* 20 *th.* 6.

CAP. II.

De rebus quæ in hunc contractum veniunt.

Progredimur ad ulteriorem contractus hujus interpretationem, filum noſtræ definitionis, veſtigiaque Imperatoris ſecuturi. *Mutui datio*, ait Juſtinianus *in pr. I. quib. mod. re contr. obl., in iis rebus conſiſtit quæ pondere, numero, & menſura conſtant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro.* Quod non ita procul dubio exaudiendum, quaſi in mutuum res quævis, quæ numerari, ponderari, aut menſurari poſſunt, veniant; alias quippe nullæ res eſſent, in quibus mutuum conſiſtere non poſſet. Verum hæ demum res pondere, numero & menſura conſtare dicuntur, quæ ex pondere, numero & menſura æſtimari ſolent, ita ut ſi numero pondere menſurave pares fuerint, qualitate quoque & bonitate ſpeciei inter ſe pares ſint, nec aliæ ab aliis differant: adeoque ejuſmodi, ut ſi quando debeantur & ſolvendæ ſint, ſolvi poſſint in aliis rebus ejuſdem generis: neque enim tum aliud pro alio, ſed idem ſolvi intelligitur: idque propter ſingularem harum rerum naturam & indiſcretam inter ſe ſimilitudinem *l.* 31. *ff. locat.* ob quam cauſam etiam communi ſpecie contineri dicuntur *l.* 29. *ff. de ſolut.* & permutationem inter ſe recipere *l.* 51. *ff. de leg.* 1. atque hoc ipſum quoque eſt quod Paulus indicare voluit *in l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* cum ait mutuum in iis ſolum rebus conſiſtere, *quia in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem quam ſpecie.* Ubi *quam* poſitum videtur pro *potius* vel *magis quam*; quod frequens antiquis fuit loquendi genus. Sic Tacit *Claris majoribus quam vetuſtis.* Plaut. *Tacita mulier eſt bona quam loquens.* Senſus *d. l.*, ut puto, hic eſt: quoniam res illæ talis ſunt naturæ, ut una alterius vice abſque ulla inæqualitate facile fungi poſſit,

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

idque magis per ſolutionem, ſive præſtationem rei quæ eſt ejuſdem generis, quam redditionem ejuſdem ſpeciei. Non fuit contentus JCtus dicere generis ſolutionem eandem recipere functionem, quam ſolutio recipit ſpeciei, ſed majorem, ut idem dicatur ſolvi. Et recte. Nam ex. gr. vinum, quod tibi mutuo dedi, tempore aceſcere & corrumpi poteſt, ut ſi mihi eandem ſpeciem reddas, non plane idem ſolvas per *l.* 9. *§.* 1. *ff. ad exhib.* at ſi in genere aliud ejuſdem bonitatis reddideris, ſatisfacies, quia reddis ea commoda quæ acceperas. Hoc idem in cæteris rebus conſequi non poſſumus, nam etſi res iſtæ numerari, vel etiam appendi, aut admenſurari poſſint, harum tamen ratio non ita poteſt in commercio haberi, quia in genere ſuo functionem non recipiunt, h. e. quia ita ſimilem non habent æſtimationem omnes earum ſpecies, ut idem reddi intelligatur, ſi ejus generis idem pondus, numerus, menſuraque reddatur, veluti ſi pro decem ſervis, aut equis acceptis, totidem ejuſdem ponderis & menſuræ reddere velis, nam unus equus vel ſervus plus interdum valet quam decem: & ſi in ſingulis talium rerum ſpeciebus in æſtimatione interdum nihil intereſt, tamen in compoſitione corporis, in colore, in venuſtate, in alacritate multum intereſt pro hominum ſenſibus & affectionibus: ut hic verum ſit, quod vulgo dici ſolet; *nullum ſimile eſſe idem.* Cum autem ea ſit natura mutui, ut idem omnino reddi debeat, neque aliud pro alio invito creditori ſolvi queat *d. l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred.* evidens fit, quamobrem hæ res pondere numero & menſura non conſtantes, in mutuum non veniant. Ideoque haud admittenda videtur opinio quorundam, ſtatuentium etiam gregem ad numerum mutuo dari poſſe, ita ut tot reddantur capita quot data ſunt *arg. l* 35. §. 5. 6 *ff. de contr. emt.* Etenim ſi maxime v. gr. equi vel oves in pari numero reſtituerentur, & tot capita, quod data fuerunt, redderentur; manifeſta tamen inde emergeret iniquitas: ſiquidem ejuſmodi individua ſuis peculiaribus formis, propriiſque qualitatibus à ſe invicem plurimum differant, ut ſubante diximus; atque idcirco ejuſdem bonitatis (in qua mutuum ſemper reſtituendum eſt *l.* 3. *ff. de reb. cred.*) ejuſdemque pretii eſſe nequeant. Neque hanc ſententiam quicquam juvat *d. l.* 35. Ibi namque Gajus JCtus hoc tantum habuit propoſitum, ut doceret periculum gregis ad numerum venditi, ita demum ſpe-

ctare

ctare ad emtorem, quando ipſi gregem venditor adnumeravit; ſicut & venditio eorum, quæ pondere numero & menſura conſtant, non prius perfecta cenſetur, ſic ut periculum emtoris ſit, quam ſi appenſa adnumerata vel admenſurata fuerint *l.* 1. *§.* 1. *ff. de per. & comm. rei vend.* Licet ergo venditio gregis & venditio quantitatis in eo comparentur, non tamen in omnibus conveniunt; nec protinus ſicut quantitas, ita & corpus in mutui contractum deduci poteſt. Ex his quæ hactenus dicta fuere ſuboritur quæſtio: utrumne in panibus quoque mutuum contrahi poſſit? Dicendum in panibus quoque & conſimilibus aliis rebus, piſcibus nempe & carnibus mutuum conſiſtere poſſe, ſi panes certi ponderis dentur mutuo ut ejuſdem ponderis alii panes, æque boni reddantur. Vel ſi piſces dentur ad pondus, ut alii ejuſdem ponderis, bonitatiſque piſces reſtituantur. Vel denique ſi carnes in pondus dentur ea lege, ut carnes ejuſdem ponderis & bonitatis reddantur. Licet enim hæ res per ſe non ſint fungibiles, hac tamen ratione pro fungibilibus habebuntur. Atque hæc communiori Interpretum calculo recepta eſt ſententia, quicquid eam improbet Treutl., qui ſtatuit in panibus etiam tunc mutuum contrahi, quando ad pondus venditi non ſunt, ea motus ratione, quod, licet panes non ponderentur, tamen numerentur; & ejuſmodi res ſint quæ ex numero æſtimentur. Sed fallitur: ſiquidem illæ demum res numero conſtare & æſtimari dicuntur, quarum quantitas quaſi determinatur numero, ut dictum ſupra: quod ſane in panibus minime locum habet, cum non omnes panes ejuſdem ſint quantitatis, unde etiam, quamvis ejuſdem numeri panes redderentur, non tamen ſatisfieret tali præſtatione mutuo, cum fieri poſſet, ut non ejuſdem quantitatis ſint cum illis panibus, qui dati ſunt. Quare dicendum tum demum in panibus poſſe ad numerum conſiſtere mutuum, quando illi certam ac limitatam quantitatem i. e. definitum pondus in civitate habent: ſin minus, non niſi ad pondus: ut jam diximus. Quam diſtinctionem Bartoli veriſſimam vocat eamque ſuo calculo approbat Bachov. *in not. & animadv. ad Treutl. diſp.* 20. *th.* 1. *l. f.* ubi & ipſum propter ejus rejectionem perſtringit.

CAP. III.

De traditione, quam requirit mutuum, ejuſque requiſitis: & de his qui tradere poſſunt.

Prædictas porro res, *quæ pondere, numero & menſura conſtant,* quas uno nomine fungibiles ex ratione *d. l.* 2. §. 1, *ff. de reb. cred.* nuncupare ſolent Interpretes, *aut numerando, aut metiendo, aut appendendo*, ait Cæſar, *in hoc damus ut accipientium fiant. pr. I. quib. mod. re cont.* Ubi *damus* poſitum videtur pro *tradimus*, alioque ſuperflue adderetur, *ut accipientium fiant.* quoniam proprie non damus niſi quod fit accipientis. §. 14. *I. de act.*

Traditionem itaque requirit hic contractus: idque eſt, quod dicitur, *mutuum non eſſe niſi proficiſcatur pecunia d. l.* 2. §. 3 Unde *qui pecuniam creditam accepturus, ſpopondit creditori futuro, in poteſtate habet ne ſe ei accipiendo obſtringat l.* 30. *ff. de reb. cred.* Sic ut rei datione expleatur demum obligationis ſubſtantia *l.* 6. *ff. de SCto Mac.* Nec ultra id quod datum eſt, mutuum contrahatur, etiamſi promiſſum ſit: ex. gr. ſi decem dein, & paciſcar ut undecim debeantur, non naſcitur obligatio ultra decem *l.* 11. §. 1. *ff. de reb. cred. l.* 17. *ff. de pact.* adeo ut ne quidem tanquam uſura peti poſſit, quia uſuræ ex pacto, etiam in continenti adjecto, regulariter in ſtricti juris negotiis non debentur *l.* 24. *ff. præſc. verb. l.* 20. §. 4. *ff. mand. l.* 3. *C. de uſur. Cujac. lib.* 11. *obſerv.* 37. ſed an ſaltem donationis titulo peti non poterit? Negandum videtur, non quidem quod donatio ob cauſam donum proprie non ſit, ut vult Treutl. *vol.* 1. *diſp.* 2. *th.* 2. *l. a.* Quas rationes ibidem rejicit Bachov ſed quia partes de donando non egerunt, & contractus unus, de quo actum fuit, non poteſt quaſi in duos dividi, præſertim cum alia conjectura capi poſſit quam donationis, videlicet ut facilius mutuum impetraret; add. Ampliſſ. Dn. Hub. *prælect. ad I. tit. quib. mod. re contr. obl. n.* 5.

§. 1.

Cæterum uti ad omnem alium actum ita & ad traditionem requiritur 1o. voluntas; & 2°. facultas agentium.

Primum quod attinet, illius ratio eſt, quia quemadmodum in quovis contractu omnium voluntas ſpectatur *l.* 31. *l.* 55. *ff.*

de

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

de O. & A. ita & in ſpecie ad mutuum contrahendum non ſufficit rem tradere, niſi & conſenſus ejus, qui tradit, & qui accipit, interveniat *l. 19. l. 32. ff. de reb. cred.* Neque enim ſtatim contrahitur mutuum, ubi pecunia à creditore proficiſcitur ad debitorem; ſed tum demum, cum eo animo pecuniam dat creditor, ut mutua fiat, & eadem opinione debitor accipit.

Hinc cum alterius contractus opinione, quam cujus dati ſunt, quis accipiat nummos, ut puta: *ſi ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu quaſi mutuam accipias, mutuum non erit*, Authore Ulpiano *in l. 18. ff. de reb. cred.* Huc etiam facit, quod tamen eodem redit, quod mutuum tanquam contractus ſpecies ſit conventionis: conventio duorum pluriumve in idem placitum conſenſus *l. 1. §. 2. ff. de pact.* In *d. l.* 18. autem dans atque accipiens in idem placitum non cenſentiunt; proinde nec contrahitur mutuum. Atque in eo facile convenit Juliano *in l. 36. ff. de A. R. D.* cum Ulpiano *in d. l.* 18. Utrumne autem hoc caſu, errore iſto non obſtante, per ſubſequentem traditionem dominium transferatur; alterius, & quidem difficillimæ, quæſtionis eſt, de qua non æque inter DD. JCtos convenire videtur. Ulpianus *in d. l. 18.* putat *nummos accipientis non fieri cum alia opinione acceperit.* Julianus contra *in l. 36. d. t. proprietatem tranſire* affirmat, *nec impedimento eſſe quod circa cauſam dandi atque accipiendi diſſenſerimus*: eodem hanc regulam declarans exemplo quod proponitur ab Ulpiano. Mire opere hic deſudant Interpp. ut diſſidium hoc componant. Aliter enim Connanus, Donellus, Weſembecius. Aliter Alciatus, Pacius, Bronchorſtius. Aliter alii conciliant: Quorum omnium ſententias refert & confutare conatur D. Wiſſenbachius *diatrib. de mut. diſp. 1. th. 20. & ſeqq.* nulla probabili ratione hæc loca in concordiam redigi poſſe concludens, ideoque laterem lavare qui hanc antinomiam conciliare nituntur. In hac autem legum colliſione, quia duo contraria ſimul vera eſſe non poſſunt, præferendum cenſet reſponſum Juliani. Nobis autem, licet forte & quædam ex reliquis non adeo ſint ſpernendæ, maxime ſeſe probat conciliatio Duareni *comment. ad tit. de reb. cred. c. 2.* quam proinde cum Clariſſ. Huber. *part. 2. digreſſ. lib. 2. c. 6.* defendere conabimur.

§. 2.

Alterum traditionis, quod modo collocavimus, requiſitum

eſt

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

eſt tradendi facultas : hæc autem non intelligitur niſi tradens dominus ſit rei traditæ, liberamque ejus adminiſtrationem habeat *l. 2. §. pen. ff. de reb. cred.* Cujus quidem ratio non eſt obſcura: quia nemo plus juris in alium transferre poteſt, quam ipſe habet *l. 20. ff. de A. R D. l. 54. ff. de R. J.*

Quia tamen mutui uſus valde eſt frequens, nec ob repentinos uſus ſubtilitate juris circumſcribi poteſt, ***Ulpianus* in l. 15. ff. de reb. cred.** docet ſingularia quædam circa illud recepta eſſe, i. e. quædam benigne recepta eſſe contra ſubtilitatem juris: & nimirum, ut quamvis pecuniam meam non acceperis, efficiatur tamen mutua, & eo nomine mihi obligeris, ſi convenerit inter nos, ut tu eam, tanquam à me tibi creditam, mihi deberes. Cujuſmodi duas ſpecies profert. Prima eſt, cum te mutuum rogante, non dedi ipſe de meo, ſed curavi ut tibi daretur de eo, quod mihi debebatur, dum jubeo debitorem meum tibi dare: neque enim mei nummi fuerunt, qui crediti nomine tertio numerati, ſed debitoris *l. 1. ff. de lib leg. l. 27. §. 2. l. 34. pr. ff. de aur. & arg. leg.* Etenim corpora illa nummorum, quæ mihi à debitore meo tradita non ſunt, non poſſunt dici mea, cum dominium ſine traditione non acquiratur. Ergo & illa corpora, quæ debitor meo juſſu tibi numeravit & tradidit, non ſunt mea, cum non ſint mihi tradita. Et quamvis traditio, quæ meo juſſu tibi facta eſt, poſſet cenſeri mea, cum per te accepiſſe videor; tamen hoc caſu obſtat animus tradentis & accipientis: neque enim eum in finem traduntur accipiunturve ut mea, ſed ut tua fiant. Ergo non ſunt mea. Si non ſint mea, non ex meis fiunt tua, adeoque proprie nec mutua. Sed tamen quod ad effectum attinet, res eodem redit, ſive debitor meus mihi tradat, & ego poſt tibi, ſive immediate tibi *d. l. 15. in fin.* Neque enim debitor meus eo minus ſolvit, neque tu eo minus accipis, neque ego hinc minus juris accipio. Itaque vitandi circuitus cauſa facile hic admittitur fictio traditionis, quæ brevis manus *dr. in l. 43. §. 1. ff. de jure dot.* Nam & alias celeritate conjungendarum inter ſe actionum, i. e. dum quod agimus acceleramus, una actio ſæpe occultatur & quodammodo ſurripitur *l. 3. §. pen. ff. de donat. int. vir. & ur.*

Species altera, quam ejuſdem rei confirmandæ gratia Ulpianus in *d. l. 15.* adfert, eſt, ſi convenerit ut pecuniam, quam

ex

ex alia cauſa, & nominatim ex cauſa mandati, tu mihi debes, tanquam mutuam retineas. Etſi enim neque illa pecunia, antequam abs te mihi tradatur, ſit mea, adeoque nec ex mea poſſit fieri tua, quod proprium eſt mutui, tamen quia nihil intereſt quoad effectum, ſive tu eam mihi ex cauſa ſolutionis tradas, & ego traditam ex cauſa mutui tibi reddam, ſive tu eam retineas quaſi traditam & redditam, facile hic exemplo ſuperioris compendii cauſa ficta traditio admittitur, imo facilius, ut cenſet JCtus, ducto argumento à minus probabili ad id quod eſt magis probabile; quia, inquit, quod in duabus perſonis receptum eſt, id etiam in una admitti debet. Probabilius enim eſt, ut fictio inducatur in una perſona, quam in duabus: quippe facilius, nulla interpoſita alia perſona, pecuniam, quam tu mihi debes ex alia cauſa, credere tibi poſſum, ut tu mihi videaris ſolviſſe, & mox à me accepiſſe, quam per perſonam interpoſitam. Illud procul dubio non negaſſet Ulpianus, ea quæ benigne recepta ſunt, non eſſe producenda ad alia, quæ minus ſunt probabilia, veluti ſi fictio illa brevis manus in una tantum perſona recepta fuiſſet: ſed cum illa recepta ſit in duabus perſonis, etiam ad id quod eſt probabilius, ubi una duntaxat perſona eſt, eam producendam recte exiſtimavit,

Sed & hoc jus non uno loco ab Ulpiano aſſertum. Nam & in *l.* 11. *cod.* proponit aliam ſpeciem, præcedenti non diſſimilem, nempe ſi tibi mutuum roganti, quia pecuniam non habebam, rem aliquam vendendam dederim, ut nummos inde confectos mutuos haberes. Nam & in hac ſpecie, ſi rem vendideris, mutuam pecuniam factam eſſe ait; nempe ſi & pretium acceperis *l.* 19. *ff. præſcr. verb* quod ex narratione facti ſatis intelligi putavit JCtus; id enim actum eſſe proponitur, ut rem venderes & nummis litereris, acceptis ſcilicet, quoniam non niſi acceptis uti potes. Ergo ſi facta ſit venditio, & pecunia inde ut mutua accepta, mutua erit, etſi dominium ejus nunquam ad creditorem pervenerit, nec vere debitori tradita ſit, quoniam & hic, ex ſententia Ulpiani, fingitur pecunia prius à venditore tradita eſſe ei, qui rem vendendam dederat, deinde ab eo in venditorem iterum tranſlata mutui cauſa, ut una actio hic iterum occultetur vitandi anfractus cauſa. Nimis ſupervacuum etenim & à gravitate JCtorum & Legiſlatorum alienum vide-

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

videtur, traditionem exigere nugatoriam, & ſine omni effectu, & quæ utilitatis nihil, incommodi plurimum poſſit habere, quæque nihil ad obligationem vel actionem faciat, ſiquidem condictio certi etiam datur etſi ſine certa mutui aut contractus forma mea pecunia ad te pervenerit.

Nihil ergo eſt in hiſce, quod non ſit dignum Ulpiano JCto, & gravi, & ejus ſeculi, quo jam imaginariæ veterum venditiones, aliique negotiorum nugatorii anfractus obſoleverant. An autem idem viſum ſit Africano, (qui quanquam ætate Ulpianum anteceſſerit, eundem tamen magiſtrum audivit Papinianum) valde dubitatur ob reſponſum ejus in *l.* 34. *ff. mandat.* Et quidem quod primam ſpeciem attinet, de ea ambigendum non videtur: nam & Africanus fatetur benigne receptum eſſe, ut hujuſmodi in caſu pecunia credita fiat. Sed idem de ſecunda & tertia ſpecie negotium faceſſit, & quidem tale, ut oleum & operam perdere eos, qui hoc inter Ulpianum & Julianum diſſidium ſtudent componere, multi ſtatuant. Quanquam non deſint, qui in id incumbunt, ut oſtendant Ulpianum de alia facti ſpecie reſpondiſſe in *d. l.* 15. *ff. de reb. cred.* de alia item Africanum in *d. l.* 34. *ff. mandat.* Quod uti è re juris prudentiæ, ita & ex officio quodammodo juris ſtudioſi eſſe videtur, ne dignitatem artis temere proſtituat, monitumque Imperatoris, quo hortatur ſubtili mente differentias cauſarum indagemus, gnaviter cuſtodiat juxta *l.* 3. §. 15. *C. de vet. jur. enucl.*

Porro & ille mutuum dandi modus ſingularis eſt; ſi nummos meos tuo nomine, vel tuos abſente te & ignorante, alicui tertio, puta Titio dedero. Qua mutui datione tibi, non mihi, directam certi condictionem acquiri apparet ex *l.* 2. *§. pen. verſ. id enim tale. l.* 9. *§.* 8. *ff. de reb. cred.* Quod ſi tamen tu ejuſmodi nomen reprobes: ipſemet vel mandatis actionibus, vel ceſſante mandato, utili condictione certi ex mutuo adverſus Titium mutuatarium experiri potero *l.* 4. *C. ſi cert. pet.* Iſte autem modus ideo ſingularis dicitur, quod ſecundum communis juris regulas, non omnis pecuniæ datio ſive numeratio, ſed ea duntaxat, quæ ex intentione contrahentium ad mutuum deſtinata eſt, obligationem mutui parit *l.* 19. *ff. de reb. cred.* Quodque per liberam perſonam, quæ neque juri noſtro ſubjecta eſt, neque bona fide nobis ſervit, dominium nobis acquiratur *§.* 5. *I.*

per

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

per quas perſ. nob. acquir. Quod item is, qui alterius nomine contrahit, neque alii neque ſibi obligationem acquirere poſſit *l. 11. ff. de O & A. l. 126. §. 2. verſ. per liberam perſonam. ff. de V. O.*

Quanquam non omnino inſulſe dicatur, in propoſito caſu nihil, quod ad conſtituendum mutuum exigitur, defuiſſe; ſed utrumque ex parte tua, videlicet dominium & voluntatem, interveniſſe. *Dominium* quidem; quoniam ego, qui pecuniam meam, non meo, ſed tuo nomine Titio numerari, eo ipſo poſſeſſione ejus me abdicavi, eamque tibi acquiſivi *l. 18. ff. de acquir. vel amitt. poſſ.* ac poſtea per poſſeſſionem etiam dominium *l. 20. in fin. ff. de A. R. D. Voluntatem* vero; quia ut maxime poſſeſſio vel quaſi obligationis tibi, quamdiu abſens fuiſti & ignoraſti, acquiri non potuerit *l. 53. ff. d t.* attamen ea tibi ita volenti acquiſita fuit poſtmodum, ubi reſciviſti pecuniam tuo nomine Titio à me creditam eſſe, atque hoc ipſum creditum ratum habuiſti, vel ſaltem non contradixiſti: ſiquidem ratihabitio ad tempus contractus retrotrahitur; adeo ut à principio omnia eo, qui ratum habet, preſente ac mandante geſta eſſe intelligantur *l. 56. ff. de re jud. l. 16. §. 1. ff. de pignor. & hypoth.*

§. 3.

Sane mutui obligationem voluntate etiam dominorum acquiri, dubium non eſt; cum nihil interſit, utrum dominus ipſemet tradat alicui, an voluntate ejus alius *l. 9. §. 4. ff. de A. R. D.* Sic procuratores dominis ſuis: tutores & curatores pupillis & minoribus: adminiſtratores civitatibus acquirunt obligationem ex mutuo *l. 26. ff. de reb. cred. l. 11. ff. de uſur.* Hinc & ſociorum conſenſu ſocius communem pecuniam in ſolidum mutuo dare poteſt *l. 16. ff. de reb. cred.* Similiter & filiifam. & ſervi, nummos peculiares cum mutuo dant, id patris & domini voluntate facere reputantur *l. 2. §. 4. eod.* Imo etiam dominicos nummos ſervi poſſunt voluntate domini mutuos dare *l. 35. ff. de ſolut.* Ideoque ſi ſervus mutuans unius domini fuerit, uni etiam, ſin communis, ſeu plurium dominorum fuerit, omnibus, pro partibus diviſis, obligatio mutui ex numeratione acquiſita cedet *l. 13. §. ult. ff. de reb. cred.*

Plane ſi tradens neque dominus fuerit rei traditæ, neque

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

voluntate aut nomine domini eam tradiderit, nullum eſt mu-
tuum inde ab initio *arg. l. 20. ff. de A. R. D. l. 54. ff. de R. J.* Qua
ratione neque fur furtivos, neque alius quivis nummos alienos
mutuos dare poteſt *l. 13. pr. & §. 1. ff. de reb. cred.* licet recte ſibi
ſtipulari poſſit *l. 56. §. 2. ff. de fidej. l. 2. C ſi cert pet.* & conſum-
tis nummis mutuum ex poſt facto concilietur, ita ut danti con-
dictio acquiratur *l. 11. §. 2. ff. de reb. cred. l. 13. §. 1. eod. non alia*
ratione, inquit Julianus *in l. 19. §. 1. eod. quam quod facto ejus in-*
telligitur ad eum, qui acceperit perveniſſe. Neque enim in mutuo
ſemper origo attenditur, ſed ſufficit aliquando ſuo nomine nu-
meraſſe *l. 7. C. ſi cert. pet.* Significat ergo Julianus, cum dicimus
conſumtâ pecuniâ condictionem tanquam ex mutuo naſci, non
eſſe cur nos moveat, quod dicitur non eſſe mutuum niſi pecu-
nia fiat accipientis, id enim & in propoſito contingere; fieri
namque pecuniam & ejus qui accepit, poſtquam conſumta eſt,
idque facto ejus qui dedit, ne quis forte hic quicquam deſi-
deret, quod ad mutuum pertineat. Et idcirco Interpp. recte
communiter traduat, pecuniâ conſumtâ videri interceſſiſſe omnia
habilia mutui: dans namque fingitur dominus fuiſſe, fingitur
quoque pecuniam feciſſe accipientis; atque ita pecunia, quæ
ab initio mutua non erat, conſumtione mutua effecta eſſe, quia
facto dantis cenſetur ad eum, qui acepit, perveniſſe *l. 19. §. 1.*
ff. de reb. cred. Quando igitur non dominus ſtipulationem red-
dendi pecuniam omiſit, actionem ex mutuo in conſumtione
fundare debet *d. l. 11. in fin. l. 13.* Atque ſic quod numeratio ef-
ficit re à vero domino tradita, idem operatur conſumtio in non
domino: unde etiam in caſu priore mutuum dicitur ex nume-
ratione, poſteriore vero ex conſumtione D. D. *in d. l. 11. §. ult.*
l. 19. §. 1. eod. Hæc autem ita demum procedunt, ſi pecunia
bona fide conſumta ſit, forte quod putarit, dantem tunc fuiſſe
dominum pecuniæ; nam ſi mala fide h. e. ſciens pecuniam ac-
cipientis non fuiſſe, conſumſerit, mutuum ejuſmodi conſum-
tione non conciliatur, quia nummi adhuc extare, nec conſumti
eſſe videntur *l. 130. ff. de R. J.* quo caſu dominus, (quemad-
modum vere extantes vindicare,) adverſus debitorem ad exhi-
bendum agere poteſt *l. 11. §. ult. ff. de reb. cred.* adverſus dantem
etiam aliquando furti aut aliis remediis pro re nata experie-
tur.

§. 4.

§. 4.

Tradentem porro, ut jam ſupra occupavimus, non ſolum dominium, ſed& liberam rerum ſuarnm adminiſtrationem habere oportet. Unde neque pupilli ſine tutoris autoritate: neque furioſi: neque prodigi mutuum dare poſſunt *§. 2. Inſt. quib. al. lic. vel n. l. 12. ff. de reb. cred. l. 40. ff. de R. J.* Cæterum quod valere diximus in nummis alienis mutuo datis, ut, his bona fide conſumtis, ei qui dedit condictio detur tanquam ex mutuo; ſin mala fide ad exhibendum actio *d. l. 11. §. ult. ff. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, ſi is rei ſuæ alienandæ facultatem non habuit *d. §. 2. Inſt. quib. alien. lic. vel non.* Quod ergo *in l. 12. l. 19. §. 1. ff. de reb. cred.* & ſi qui ſunt alii loci ſimiles, dicitur ſimpliciter conſumta pecunia naſci condictionem; id ex *d. §. 2. I. junct. d. l. 11. §. ult. ff. de reb. cred.* ſic interpretandum erit, ſi bona fide ab accipiente conſumta ſit, ignorante ſcilicet facultatem alienandi non habere, qui credidit: efficitque hoc etiam ratio juris, quam ſubantea indicavimus; quia quæ dolo malo conſumta ſunt, non alio jure habentur, quam ſi adhuc extarent nec conſumta eſſent *d. l. 131. l. 150. ff. de R. J.* quia tamen verum eſt rem eſſe conſumtam, recte ad exhibendum competet actio *d. §. 2. Inſt. junct. l. 11. §. ult. de reb. cred. l. 6. ff. ad exhib.*

Præſides autem provinciarum, licet rerum ſuarum domini ſint, & de iis liberam diſponendi facultatem habeant, tamen res ſuas tradendo mutui contractum celebrare prohibentur, juxta textum rotundum *in l. 33. ff. de reb. cred.* Cujus prohibitionis ab Interpp. variæ traduntur cauſæ. 1ª. Poteſtas & authoritas eorum, quæ facile provinciales vel ad contrahendum compellere invitos, vel contrahere volentes cum alio abſterrere poſſet *l. 1. C. de contr. jud.* 2ª. Ne fraudem legi Cinciæ faciant, neve ſub prætextu mutui, & negotiationis plus xeniorum accipiant: quare & interdictum iis ne quid amplius emant quam quotidiani uſus cauſa *l. 6. in fin. ff. de offic. proconſ.* 3ª. Ne quæſtus ſtudio à cura provinciæ adminiſtrandæ avocentur *arg. l. 13 ff. de re mil. l. 31. l. ult. C. de loc. cond.* 4ª. Eſt gravitas muneris eorum, ne ſcilicet per negotiationes illas autoritas Rectorum vilipendatur, nimiaque inter illos & provinciales naſcatur familiaritas contra *l. 19. ff. de offic. præſid.* Haud ſpernendæ rationes! Scrupulum tamen non levem facere videtur,

 quod

quod conveniant & perpetuis Magiſtratibus, prohibeantque etiam gratis mutuum; quæ apud pleroſque dubitationem habent. Etenim ſi perpetui Magiſtratus ab hoc uſitatiſſimo exercendi patrimonii inſtituto excluderentur, interdiceretur ipſis quodammodo commercio; illoque in perpetuum privarentur, quod jure gentium omnibus competit, pejorque eorum foret, quam aliorum etiam viliſſimorum civium, conditio. Et quantum ad poſterius, videtur non tantum inique ſed & abſurde etiam conſtitui, ut Magiſtratibus ſublevare provinciales non liceat ſine ullo fœnore: quippe liberalitas uti omnes honeſtos, ita quam maxime Magiſtratus atque potentes decet, utpote qui habent unde liberalitatem exerceant, quo etiam facit quod in *l. 7. in fin. de ſerv. export. dr.* intereſſe hominis hominem beneficio affici, cum ſocietatem quandam & cognationem natura inter nos conſtituerit *l. 3. ff. de I. & I.* Itaque tum ob hanc rationem æquitatis, tum ob *l. 3. C. ſi cert. pet.* ubi mutuum hactenus ſolum Magiſtratibus prohibetur, quatenus ſub fœnore datur; à contrario concludunt, quando ſine fœnore datur permitti *arg l. 20. §. 6. ff. qui teſtam. fac.* Verum hæc mihi tanti viſa non ſunt, quo minus ſententiam eorum amplecterer, qui Magiſtratibus, quanmvis perpetuis, mutuum, etiam gratuitum, prohiberi ſtatuunt per *d. l. 33.* Hanc igitur tuebor donec contrarium edoctus fuero.

CAP. IV.

De effectu traditionis, hujuſque contractus: ut & de his, qui mutuum accipere poſſunt.

Quod ſi ad ſui perfectionem mutuum requirat rei traditionem, commune habet cum aliis, qui re contrahi dicuntur, contractibus, ad quorum omnium formam generalem ſpectat rei traditio: quemadmodum hoc ex iis, quæ hucuſque diſſeruimus, manifeſtius eſt, quam ut hic iterum probari debeat. Quod autem hic res ita tradantur, *ut accipientium fiant pr. Inſt. quib. mod. re contr. oblig.* propria & ſpecifica hujus negotii forma eſt, quia niſi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret,

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

ret, quoniam uſus earum ſine conſumtione plane nullus eſt, i. e. quoniam uti non poſſumus niſi conſumamus: conſumere autem nemo res poteſt, niſi qui earum dominus eſt §. 2. *Inſt de uſufr.* Proinde neceſſario res mutuo datas in mutuatarii dominium tranſire oportet; quod & diſerte ſcriptum eſt in *l.* 33. §. 1. *ff. de donat.* Per conſequens in mutuo res alienantur. Immotum enim eſt juris axioma omnis tranſlatio dominii eſt alienatio *l.* 1. *C. de fund. dot.* Quam conſequentiam tot inſuper expreſſi juris confirmant textus: *vid. l.* 16. *l.* 41. *verſ. quas vero pecunias*: & *verſ. neque enim ff de reb cred. l.* 9 *pr. ff. de aut. tut.* §. 2. *Inſt. quib. al. lic. vel non*: ut nemo facile eam ſerio ſit negaturus, niſi qui aut ipſa Juris Romani principia non intelligit, aut ingenii qualitate & doctrinæ fiducia ea convellere audet, qualis, ut à prudentioribas judicatum, Celeberrimus quondam Salmaſius, qui eam ante aliquot annos in controverſiam vocavit ſingulari in eam rem libello edito, ubi non ex uno ſcalmo captionis hanc litem conſtituiſſe videtur. Verum hoc Eridos pomum perſequi hic nobis minime propoſitum. Proinde in viam.

§. 1.

Non qui rem ejuſque dominium in mutuo transferri, alienari contendit, univerſam protinus mutui naturam dominii translatione complecti vult. In mutuo res alienatur, ſed cum obligatione reddendi *d. pr. I. l.* 2. *pr. ff. de reb. cred. &c.* Bene conveniunt & in una ſede morantur rem alienari & obligari ad reddendum; uti textus eſt notabilis in *l.* 42. *ff. de jur. dot.* Subordinata hæc ſunt, quæ non pugnant. Neque enim id alienationis natura deſiderat, ut nihil nobis reſtitui poſtulemus; ſed ut nihil juris in rem datam reſervemus, actione in rem recuperandum. Nam pecuniam ea lege donatam, ut ea ipſa detur donatori mutua, alienari certum eſt ex *d l.* 33. §. 1. *ff. de donat.* iidemque nummi, donatori crediti, non jure proprietatis reverſi ad veterem dominum dicuntur; *ſed novum dominium*, inquit Hermogenianus, *in his quæritur*. Nec aliter de re ſub pacto de retrovendendo tradita ſentiendum juxta communem D. D. ſententiam. Et in ſumma quoties res data actione perſonali, non in rem repetenda eſt, toties alienationem veram atque omnimodam fieri neceſſe eſt: totieſque regulam in *l.* 55. *ff. de ſolut.* propoſitam officium ſuum perdere *Tiraquell. obſervat.* §. 2. *de retr. conv. cui add.*

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

Vir. Celeb. J. Voet. præceptor meus multis mihi nominibus venerandus in *comp. pand. ad tit. de reb. cred. n. 7.* ubi paulo aliter *d. l. limitat.* Quod ſi autem id procedit, cum ut idem, multo magis ubi, ut aliud redderetur, convenit, locum habere debet: illud autem in mutuo fieri verba definitionis, textuſque allegati, manifeſto declrant: de quibus mox ſpecialius.

§. 2.

Exinde quod mutui effectum ex parte accipientium modo vidimus eſſe obligationem, facile colligitur, in perſonis mutuum accipientibus requiri, ut habeant facultatem ſeſe obligandi, alioqui mutuum nullum prorſus ſortiri poſſe effectum. Atque hinc, cum pupilli, minores, furioſi, prodigi, ſine tutorum curatorumve autoritate, cum effectu obligari nequeant, juxta *l. 43. ff. de O. & A. l. 3. C. de reſtit. in integr. l. 6. ff. de V. O. l. 40. ff. de R. J.* eoſdem nec mutuum accipere poſſe neceſſarium dictu videtur. Regula quidem eſt quod filiusfam. ex omni cauſa obligetur ut paterfamilias *l. 39. ff. de O. & A.* ſed ab ea, excipitur cauſa mutui per Senatusconſultum Macedonianum, quod ob mutuam pecuniam filiofam. datam actionem petitionemque denegat *l. 1. ff. ad SCtum Maced.* Si tamen filiusfam. ab aliquo mutuatus pecuniam ſuo, non mutuæ pecuniæ, creditori ſolverit, patri nummos vindicanti nulla objicietur exceptio. At ſi bona fide conſumti fuerint à creditore nummi, ceſſare condictionem Marcellus *ait l. 14. ff. de reb. cred.* Ratio prioris, cur pater pecuniam extantem vindicare poſſit, hæc eſt, quia filiusfam. pecuniam (utpote quæ in patris dominium venerat *§. 1. I. per quas perſc. cuiq. acq.*) alienare non potuit *l. 54. ff. de R. J.* ac propterea dominus illius pecuniæ manſit, indeque eam extantem vindicare non prohibetur *l. 3. §. 2. verſ. ſi filiusf. ff. ad SCtum Maced. l. 23. pr. ff. de R. V.* Ratio poſterioris, (cur videlicet pecuniam bona fide conſumtam condicere nequeat,) præter illam quæ adfertur in *d. l. 14.* hæc reddi poteſt, quia pater creditori filii ſui de peculio tenetur, hoc ſcilicet caſu noſtro, quo ex alia, quam pecuniæ mutuæ cauſa filiusfam. illi quippiam debet *tot. tit. ff. de pecul.* Cæterum hac in re Marcellum in *d. l. 14.* à Juliano in *l. 9. §. 1. ff. ad SCtum Maced.* aperte diſſentire ſtatuit *Cujac. lib. 14. obſerv. 35. Connan. 7. comm. 2. n. 10.* Quos alii adhibita inter bona & mala fide factam conſumtionem diſtinctione

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

ctione conciliare nituntur. *Pac.* 3. *antin.* 65. *Perez ad tit. C de SCto Mac.*

§. 3.

Civitatem ex mutuo, & quovis alio contractu, non minus ac alios privatos, obligari poſſe, cum lex nulla prohibeat, verius eſt: cum & ex delicto, conventu habito, vim faciendo, aliudve contra jura committendo, obligetur, uti patet ex *l.* 9. *§.* 1. *ff. quod met. cauſ. l.* 15 *§.* 2. *ff. quod vi aut clam.* Hiſce adde quod civitas conſenſum, qui in omnibus contractibus neceſſario exigitur *l.* 1. *§.* 3. *ff. de pact.* interponere poſſit, qui ad obligandum ſufficiat, idque vel inde manifeſtum evadit, quod municipiis heredibus inſtitutis permiſſum eſt hereditatem acquirere *l.* 26. *ff. ad SCtum Treb.* Quod utique abſque animo & conſenſu explicari nequit *l.* 20. *pr. l.* 47. *& paſſim. ff. de acq. vel amitt. her.* Atque ita ſentiunt *Donell. ad l.* 27. *ff. de reb. cred. Fachin. l.* 2. *controv.* 75.

Quatenus autem civitas mutuam pecuniam accipiendo obligetur, quæſtio eſt, ut videtur, ſatis intricata. Ad cujus faciliorem intellectum & deciſionem, cum *Bachov. in not. ad Treutl. diſp.* 20. *th.* 5. *l. A.* hi tres quaſi gradus obligationis conſtituendi videntur. Scilicet tribus modis civitas contrahere poſſe videtur. 1°. cum omnes cives convocati, aut major eorum pars, in mutuum accipiendum conſentiunt. 2°. cum illi penes quos eſt plenum civitatis regimen (puta conſules, ſenatores, tribuni plebis) pecunias nomine civitatis accepere mutuas. 3° quando adminiſtratores à civitate rebus pecuniiſque Reipublicæ præpoſiti pecuniam mutuati ſunt. Primo caſu civitatem obligari, quamvis pecunia in ejus utilitatem converſa non fuerit, probatur tum ex iis quibus modo civitatem abſolute obligari evicimus, tum per *legem* 27. *ff. de reb. cred.* (quam alii adverſus hanc noſtram deciſionem allegare ſolent ut patet ex *Fachin. d. l.*) ex qua argumentatione à contrario ſenſu ſumta, ſic concluditur; ſi de pecunia, non ipſi, ſed adminiſtratoribus credita, eatenus tantum obligetur, quatenus in rem ejus verſa eſt: ergo ſi civitas ſuo facto ſeu ipſamet contraxerit, ea abſolute citra hanc conditionem, *ſi pecunia in ejus utilitatem verſa ſit*, obligabitur; alioqui enim generalius dixiſſet Ulpianus, civitas non tenebitur. De ſecundo caſu non verebimur idem affirmare quod de

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

de magiſtris, qui univerſæ navi præponuntur, dicitur in *l.* 1. §. 9. *l. ult. ff. de exerc. act.* ut civitas inde teneatur, etſi pecunia in rem ejus converſa non fuerit *arg. D. D. ll. junct. l.* 16. *ff. de V. S.* Deinde, quia ſi Prælatus Eccleſiæ una cum capitulo mutuam acceperit pecuniam, obligatur ad reddendam, licet non probetur, eam non converſam eſſe in utilitatem Eccleſiæ *c. pen. de fidejuſſorib.* Quibus *add. quæ Struv. ad tit. ff. de reb. cred. n.* 18. aliique ab illo citati in hanc rem protulerunt. De tertio caſu ita cautum ut non prius obligetur civitas, niſi pecunia in utilitatem civitatis converſa probetur, *alioquin ipſi ſoli qui contraxerunt, non civitas, tenebuntur, inquit* Ulpianus *in l.* 27. *ff. de reb. cred.* Quod propterea ita receptum & conſtitutum eſt, ne civitates paſſim adminiſtratorum facto damnum ſubeant, & ut vigilantiores reddantur qui civitatum nomine pecuniam mutuam accipiunt, ſcientes in ipſorum perniciem redundare, ſi pecunia in utilitatem civitatum converſa non fuerit *arg. l. ult. C. de vend. reb. civit.* quando illi nullam poteſtatem & mandatum obligandi civitatem aliter quam ex re, i. e. ex eo quod ad illam pervenit, præ ſe ferre poſſunt.

Ut igitur civitas ex contractu ſuorum adminiſtratorum obligetur, neceſſarium eſt, rem mutuo acceptam in utilitatem civitatis eſſe converſam; & hoc à creditore, qui pecuniam ſibi reddi poſtulat, probari: notiſſima ſiquidem regula juris eſt quod ei incumbat probatio *l.* 2. *ff. de probat.* creditor vero pecuniam in rem civitatis converſam eſſe dicit, alioqui ejus actio non procederet *d. l.* 27. Perſpicuum eſt igitur hoc eum probare debere *l.* 1. *C. ſi adverſ. cred.* Sed, quomodo hoc creditor probare poſſit, quæſtionis eſt. Nam cum creditores, qui non ſemper cum civitatibus fuerunt, nec viderunt qualiter pecunia expenderetur, anne in civitatis utilitatem converſa ſit ſcire non poſſunt; pecuniam in utilitatem civitatis converſam fuiſſe conjecturis & præſumtionibus nonnulli probari exiſtimant, quod res ſit difficillimæ probationis, ubi plerumque conjecturæ & præſumtiones loco probationum admittuntur: puta ſi doceatur tantum adminiſtratorem fuiſſe hominem fidum, induſtrium & diligentem, civitatemque pecunia indiguiſſe *arg. l. ult. ff. de exerc. act.* Quorum tamen ſententia diſplicet Donello ad *d. l.* 27. *& Fachin. lib.* 2. *controv. c.* 76. Siquidem lex abſolute & nominatim

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

tim probationem verſionis in utilitatem civitatis requirit; at hoc non probat qui hiſce nititur conjecturis; quoniam fieri poteſt ut ſuperiora omnia ſint vera, & tamen pecunia in utilitatem civitatis converſa non fuerit: quod cum dici poteſt, ſatis eſt ad hanc probationem rejiciendam. Adde quod alias nunquam, aut certe rariſſime, is ſuccumberet, qui converſionem factam allegaret, quia probationem paratam fere ſemper haberet, quoniam adminiſtratores ſemper indubio præſumuntur fideles & induſtrii *arg. l. 56. ff. de R. J.* & raro contingit ut mutua pecunia ſine neceſſitate accipiatur. Ideoque teſtibus vel inſtrumentis cenſent demonſtrari oportere pecuniam revera in civitatis uſum fuiſſe conſumtam ſeu converſam: puta ſi in refectionem, aut extructionem rerum civitatis, vel in prædiorum emtionem erogata fuerit. Quod ſi creditor, forte quod rationum civitatis inſpiciendarum copiam non habuerit, hoc probare nequeat, in ſubſidium actio adverſus adminiſtratores dabitur, qui excipientes mutuum in rem civitatis verſum eſſe, hoc probare tenentur *l 19. ff. de probat.* qua probatione ille fretus adverſus civitatem experietur. Quod ſi in probatione adminiſtratores defecerint, ipſi ſoli, qui contraxerunt, non civitas, creditori tenebuntur. Quanam autem actione adminiſtratores à creditore conveniri poſſint controvertitur inter D. D. Quam litem adhibita diſtinctione componit *Bachov. ad Treutl. vol. 1. diſp. 20. th. 5.*

Si tamen adminiſtratoribus nominatim & expreſſe mandatum ſit à civitate, ut ipſius nomine pecuniam creditam acciperent, æquiſſimum eſt civitatem obligari, licet pecuniæ in rem civitatis verſæ non fuerint, quemadmodum in privatis ejuſmodi mandatum edentibus uſu venire conſtat ex *l. 13. ff. de inſt. act.* ſufficitque hoc caſu quod probet creditor adminiſtratores ad recipiendum mutuum ſpeciale mandatum habuiſſe: quomodo in ſuprema Friſiorum Curia judicatum refert *Sand. lib. 3. tit. 2. def. 3.*

Necdum dimitti poteſt quæſtio de mutuo civitatum, ſed ulterius inquirendum, utrum ex mutuo ipſa tantum civitatis bona publica, an vero & ſingulorum civium bona privata in ſubſidium teneantur. Quod modo laudati Authores non ſatis videntur diſtinxiſſe. Et quidem in primo caſu, ſupra à nobis poſito, non tantum civitatem, qua talem, ſed & ſingulos ci-

 ves

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

ves obligatos eſſe, *ut ſinguli ad exſolvendum æs alienum Reip. portionem ſuam conferant*, quemadmodum loquitur Seneca de civitatis debito *lib. 6. de ben. c. 19.* dubium non videtur. At in ſecundo (quem cum priore caſu abſolute & ſine ulla diſtinctione comparant prædicti Interpp. adeoque & ibi ipſos cives, ſi aliunde ſolvi non poſſit, de ſuo ad ſolutionem conferre cogendos non obſcure ſtatuunt) aliis recepta eſt diſtinctio, utrum Magiſtratus & Rectores civitatis habeant qualitatem populum repræſentandi, an vero non. Quam diſtinctionem in theſi veriſſimam eſſe admittit quidem, ſed tamen civitatibus municipalibus eam non poſſe applicari, tantumque in liberis, quæ jus ſummæ poteſtatis ſibi reſervarunt, locum habere contendit Clariſſ. Huber. ſecundum quæ conſultum ſe reſpondiſſe, ſuoque tempore apud Curiam judicatum refert ad *tit. ff. de reb. cred. n. 8. & ſeqq.* ubi latius ex fundamentis doctrinæ juris publici hanc rem deducit.

§. 4.

Quanquam, ut capite proxime præcedente audivimus, Præſides ſive Magiſtratus provinciales mutuam pecuniam dare fœnuſve exercere vetantur *l. 33. ff. de reb. cred.* attamen *mutuam pecuniam fœnebrem ſumere non prohibentur l. 34. §. 1. eod.* Hujuſque diverſi juris ratio in promtu eſt; quoniam per dationem mutui aliquis ſibi obligationem acquirit, cujus prætextu multa ad ſe cum aliena jactura transferre poteſt: at per mutui acceptionem quis res ſuas minuit, alterius vero auget. Adhæc pecuniam plerumque ille mutuo dat, qui ea carere poteſt: accipit vero, qui inopia laborat, & egeſtate premitur. Ne ergo ſubſidium inopiæ Præſidibus provinciarum auferatur, iis ad ſublevandas ſuas neceſſitates mutuam pecuniam fœnebrem (non gratuitam ut cenſent *Donell. Fab. Connan.*) ſumere permiſſum eſt: modo ne ſumant ab iis inter quos judicant, uti Imperatores Honorius & Theodoſius in *l. 16. C. ſi cert. pet.* conſtituerunt. Cujus conſtitutionis verba varie interpretantur D. D. *vid. Conn. lib. 7. com. c. 2. n. 3. Donell. ad d. l. 16. n. 11. Fab. ad l. 33. ff. de reb. cred. Huber. ad tit. ff. de reb. cred. n. 7.*

CAP.

CAP. V.

De fine hujus contractus : quæſtionibuſque affinibus.

Finis hujus contractus, ut jam dicere cœpimus, eſt quod accipiens obligetur ad rem aliam reddendam. Etenim cum res fungibilis nullum uſum præbere queat citra abuſum, i. e. quin conſumatur, fieri nequit ut illa ipſa, quæ data & accepta eſt, præciſe reddi debeat: alioquin nullam accipienti utilitatem præberet: cum tamen & mutuum & cæteri contractus omnes nonniſi ad utilitatem hominum & commerciorum comparati ſint *§. 2. Inſt. de jur. nat. gent. & civil.*

§. 1.

Qua occaſione præteriri non poteſt hæc quæſtio: an mutuum eo quoque caſu contractum cenſeatur, quando quis eandem rem, quam mutuam accepit, creditori poſtea reſtituit? Dicendum videtur, quod etſi conventio iſta, qua ab initio hoc agitur, ut eadem res in ſpecie reſtituatur, non ſubſiſtat, per ea quæ modo dicta; efficiatque ut mutuum vel in commodatum vel in diſpoſitum tranſeat *l. ult. ff præſcr. verb.*. Ex poſtfacto tamen res, quæ credita eſt, quo minus in ſpecie reſtituatur, nulla prohibeat ratio; cum in debitoris maxime favorem hoc ſit conſtitutum, ne eandem rem in ſpecie reſtituere cogatur, ſed ea uti eamque abſumere queat. Quare, ſi velit eandem reſtituere, poterit: cum his quæ pro ſe introducta ſunt, cuilibet renuntiare liceat *l. pen. C. de pact.* Præſertim ſi hoc fiat ſine præjudicio creditoris, dum ſcilicet res tempore deterior non ſit facta. Neque enim tam intereſt creditoris, ut rem aliam accipiat, quam æque bonam *l. 3. ff. de reb. cred.* Hanc autem habet, cui eadem res non deteriorata reſtituitur.

§. 2.

Non obligatur itaque debitor (quamvis, ſi velit, poſſit) in mutuo eandem rem vel eadem corpora reddere, ut in commodato, depoſito, pignore: ſed ſufficit ſi aliud corpus ejuſdem naturæ & qualitatis *pr. Inſt. quib. mod. re contr.* ſeu ejuſdem generis & eadem bonitate reddatur *l. 3. ff. de reb. cred.* Atque eo ipſo

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

mutuum diſcernitur ab emtione venditione, ſimilibuſque contractibus, in quibus non ejuſdem ſed diverſi generis res reſtituitur *l.* 5. §. 1. *ff. præſcr. verb.* Ac licet in permutatione quoque alia ſpecies ejuſdem generis, veluti pecunia pro pecunia, vinum pro vino dari recipique poſſit: illud tamen perpetuum non eſt, cum in permutatione ſæpe aliud genus pro alio, puta vinum pro frumento dari recipique poſſit; uti docet Imperator in §. 2. *Inſt. de emt vend.* à quo Paulus in *l.* 1. *ff. de rer. permut.* non diſſentit: ut ſic nec hac in parte mutuum permutationi uſquequaque conſentiat, cum illud exigat, ut cujus generis ac qualitatis res mutuo data eſt, ejuſdem omnino reddatur, aliudque pro alio invito creditori ſolvi vetet *l.* 2. *pr. & §.* 1. *ff. de reb. cred.* quanquam non deſint, quibus placeat pro vino vel frumento mutuato debitorem æſtimationem, ſive pecuniam numeratam invito creditori ſolvere, atque obtrudere poſſe; quandoquidem affectionem nullam probabilem his in rebus creditor prætendere poteſt, cum pecuniâ, quæ vice rerum fungitur *l.* 1. *ff. de contr. emt.*, res quævis æſtimari ac parari queant *d. l.* 1. *l.* 42. *ff. de fidejuſſ.* Sed hanc Jacobi Arenæi ſententiam nigros pridem tuliſſe calculos autor eſt *Fachin. lib.* 2. *controv. c.* 69. *in pr.* Nec ſine evidenti ratione, cum pecuniam & frumentum diverſi eſſe generis vel ex *d. l* 1. *ff. de contr. emt. l.* 1. *pr. ff. de rer. permut.* ubi aliud eſſe merx, aliud pecunia ſive pretium dicitur, manifeſtum ſit. Ac licet omnia pecuniâ æſtimentur, inde tamen pecuniam in mutuo & quavis alia cauſa præſtari poſſe, nulla ſit conſequentia. Si tamen res ipſa præſtari non poſſit, aut non æque bona, tum neceſſe eſt condemnationem fieri in rei petitæ æſtimationem. Hic enim officio judicis in locum rei ſuccedit ejus æſtimatio *l.* 10. *in fin. ff. de jur. dot. junct. l.* 91. §. *ult. ff. de V. O.* & ita capienda *l.* 22. *ff. de reb. cred.* Quomodo autem hoc ſit adminiſtrandum, locus eſt difficillimus, tam conſideratione legum varie loquentium, quam experientia judiciali, & applicatione legum ad ſingulas factorum ſpecies; ut nihil apud Interpp. Jurisdicenſque ſit hac obſcuritate celebrius. Nullus enim, teſte *Cujac. tract. ad Afric.* 8, hodie eſt vel judex, vel patronus, vel JCtus, qui non hæreat maneatque ſuſpenſus, quoties, cum condemnatio facienda in rei petitæ æſtimationem, quæritur ad quod tempus æſtimatio referri debeat. Sed cum hæc quæſtio propoſitæ

ter-

terminos materiæ, adeoque & ſcopum noſtræ diſputationis egrediatur, (quæritur enim hoc non in mutuo tantum, ſed etiam in ſtipulatione, & contractibus bonæ fidei, emtione venditione, commodato, depoſito, pignore, mandato &c.) nos, ne longius extra curriculum flectamur, eam prætervehemur.

§. 3.

Quæri hoc loco ſolet, cum res mutuo data in eodem genere eademque bonitate, reſtitui debeat *d. l. 3. ff. de reb. cred.* anne pecunia in eadem præciſe forma & materia reddenda ſit. Communis D. D. ſententia, conſuetudine uſuque recepta teſte *Fachin. lib. 2. c. 50.* hæc eſt; neceſſarium non eſſe, ut pecunia in eadem materia vel forma præciſe reddatur, ſed nummos in quavis alia monetæ forma creditori etiam invito reddi poſſe; uſque adeo, ut, qui debet aureos, recte ſolvat argenteos ſive æreos, & contra: dummodo reddat ad eandem quantitatem *arg. l. 65. §. 1. ff. de V. O. junct. l. 94. §. 1. ff. de ſolut.* Etenim nummus non tam ex materia æſtimatur, quam ex hominum inſtituto ſeu valore impoſititio, i. e. in nummis non tam inſpicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam poteſtas, valor ſeu æſtimatio *l. 1. ff. de contr. emt.* ut proinde, qui aureum debet, non præciſe corpus ejuſmodi debere intelligatur, ſed potius ipſius valorem ſeu æſtimationem publica lege ei impoſitam. Unde nummus à Græco νόμ⊗ dicitur; eo quod omnem ſuam auctoritatem ex lege ſola habeat. *Ariſtot. lib. 5. ethic. 5. & lib. 1. polit. c. 6.*

Limitatur tamen hæc ſententia, primo, ſi de certâ ſpecie monetæ ſit actum, dictumque ut eâdem monetâ pecunia reddatur: hoc enim caſu pecuniam in eâdem moneta reddendam eſſe dubitationis non multum habere videtur: quippe cum non æſtimatio ſed magis corpora certa ad numerum credita reputentur. Secunda limitatio eſt in *l. 99. ff. de ſolut.* ubi Paulus non vult cogi creditorem, ut in alia forma nummos accipiat, ſi ex eâ re damnum aliquod paſſurus ſit. Qui tamen textus dictæ modo ſententiæ veritatem tam luculenter confirmat, quam exceptio regulam in caſibus non exceptis: hinc enim à contrario ſic colligimus; creditorem ſi damnum non ſit paſſurus, etiam in alia forma nummos accipere debere. Nummis autem in alia forma datis creditoris damnum non utique in eo eſſe poteſt, ſi argen-

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

tei aut ærei dentur pro aureis, dummodo qui dantur, publica æſtimatione eandem quantitatem, atque eundem uſum in rerum permutationibus præſtent: ſed potius in eo creditoris verſatur incommodum, ſi ſumma mutui ſit magna, & minutâ monetâ redditâ nimium oneretur creditor: aut ſi peregre profecturo reddatur exiguæ quantitatis moneta, quæ ad geſtationem creditori ſit gravis & oneroſa, ut ſine ſumtu ac periculo eam ferre nequeat: aut ſi ſolutio fiat in eâ monetâ, quæ à proficiſcente iis in locis, in quæ cogitat eam deferre, collocari, commutari, & impendi in negotiationes difficulter poſſit. *Donell. ad l. 3. ff. de reb cred. A. Matth. diſp. ff. 9. th. 3.*

§. 4.

Quid autem, (ita hic quæritur à contrario) an, nummis ſimpliciter ſive in genere acceptis, debitor tot, quot accepit, in eadem forma & materia reddendo ſemper liberabitur? Minime, utique non ſi eorum valor fuerit imminutus: cum enim nummum ſub ratione tantum quantitatis in mutuum deduci, adeoque non corpora nummorum, ſed ipſorum valorem mutuo dari, modo probatum ſit: cumque jam conſtet ea lege dari mutuum, ut tantundem reſtituatur *l. 2. pr. & §. 1. l. 3. ff. de reb. cred.* Sequitur, ſi idem valor in iiſdem nummis haberi non poſſit, in aliis eundem eſſe reddendum; ſive id fiat in pluribus, diminuto, ut diximus, eorum valore; ſive etiam paucioribus, eodem nimirum aucto: nam quemadmodum non poteſt minus, ita nec debet amplius ſolvi, quam valor qui datus fuit. *arg. l. 17. ff. de pact. l 69. ff. de contr. emt.* Etenim uti valore nummorum imminuto, iniquum ducendum non eſt, ſi debitor ſuppleat id, quod valori priſtino interim deceſſit; cum eum pecuniæ valorem creditori reſtituat, quem acceptum protinus in ſuos uſus convertit: ita (cum mutuum eum in finem ſit inductum, ut neceſſitati commodiſque proximi per illud ſubveniatur) & naturali æquitati, juxta *l. 10. ff. de R. J.* conveniens eſſe videtur, ut debitor commodum ejus, quod accepit mutuum, habeat tantiſper dum moræ argui non poteſt: tantum abeſt, ut, ſi valor monetæ interim auctus fuerit, damnum hoc ad ipſum debitorem redundare debeat: vid. *Bronch. cent. 2. ἐναντιοφαν. aſſert.* 18. Creditor autem damnum nullum patitur, quando eandem pecuniæ æſtimationem recipit, quam expendit. Nec iniquum cenſebitur

tur, auctæ æſtimationis commodum creditori adimi; cum initio ſponte uſu pecuniæ ſe abdicarit, contentus parem ejus æſtimationem poſtea recipere: eoque æquius hanc, ſi quæ eſt, jacturam creditor feret, quod etiam ſpem commodi habeat, in quantum debitor ſcilicet, ſi imminuta fuerit pecuniæ datæ æſtimatio, defectum illum, ut diximus, ſupplere teneretur. Et alias inſuper tritum eſt, ex fortuito dubioque eventu neutrum læſum cenſeri *arg. l.* 12. C. *de inoff. teſt. l.* 21. C. *de locat.* Niſi forte in mutatione prægrandi temperamento *l.* 99. *ff. de ſolut. locus ſit*: quid enim in iſtiuſmodi prodigioſa monetæ mutatione præciſe ſtatuendum ſit, nullo jure aperto doceri videtur. Et ſi ulla in re, certe in hac, de mutatione monetæ, materia varie differentes omnis prope ætatis videas juris D. D. *Fachin. lib.* 2. *controv. c.* 9. *Hotom. illuſtr. quæſt.* 15. Nec deſunt qui autumant, judicem in ſingulis caſibus, qui à jure communi adeo exorbitant, æquitate ſervata, ac circumſtantiis omnibus ponderatis, varie conſtituturum: non autem generaliter omnes, & indiſcriminatim, ad inſtar unius ſtatim deciſurum, (more imperitorum medicorum, qui uno collyrio morbos omnes ſanari volunt) ſed omnino talem ubique ſententiam pronuntiaturum, quæ neque mutuantem cum damno mutuatarii, neque hunc cum damno illius locupletari ſinat *arg. l.* 8. *& l. ſeq.* C. *de jud. l.* 14. *§.* 13. *ff. de relig. & ſumt. fun. l.* 91. *§.* 3. *verſ. eſſe enim ff. de V. O. l.* 8. *in fin.* C. *ad exhib.* Sed manum de tabula.

CAP. VI.

De condictione certi, quæ naſcitur ex mutuo.

Hactenus definitionem mutui, ejuſque exegeſin, preſſe ſecundum ductum & verba ipſius Imperatoris, executi ſumus. Qua occaſione vidimus quotuplex ſecundum D. D. ſit mutuum. De rebus. De requiſitis. De perſonis. Ut & de effectu tam ex parte dantis quam accipientis. Denique de fine hujus contractus: quæſtionibuſque affinibus, ſatis copioſe pro præſentis inſtituti ratione diſſeruiſſe; adeoque cunctis ejus partibus ſatis feciſſe videmur: niſi quod aliquid adhuc dicendum de actione, quam

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

quam ex hoc contractu naſci in ſæpe citato *pr.* I. affirmat Juſtinianus, ſupereſſe videri poſſet. Hanc autem certi condictionem vocari, eodem in loco idem inquit Imperator: nimirum quia ea petitur certum, h. e. de quo conſtat quid, quale, quantumque ſit, quod petitur *l. 6. ff. de reb. cred. l. 74. & ſeq. ff. de V. O.* Appellatur quoque mutui actio *l. 5. C. quib. non objic. long. temp. præſcr.* Item actio ſi certum petatur *l. 1. pr. ff. de act. trit.* Actio pecuniæ creditæ *l. pen. in fin. ff. de inſtit. act. l. 12. §. 1. ff. de diſtr. pign.*

§. I.

Cæterum de hac certi condictione in Scholis Juridicis magna, licet, quoad mores & praxin, (ut monet *Schneid. ad d. pr. I.*) non adeo magni momenti controverſia eſt, jam olim Ultramontanos inter & Citramontanos, Gallos ſcilicet & Italos, agitata; ſitne hæc condictio certi, quæ Ulpiano in *l. 9. ff. de reb. cred.* etiam ex omni alia cauſa competere dicitur, generalis an ſpecialis. Illi unum genus condictionis certi eſſe, idque non minus ex mutuo, quam aliis contractibus, ex quibus certum debetur competere aſſerebant, ceu poſt Petrum de Bellapertica Zaſius ad *d. l. docet.* Negabant hoc Accurſius Bartoluſque ad eundem locum, quos alii Citramontani catervatim ſecuti ſunt, uti refert eoſque ſequitur Andreas Fachineus *lib. 2. c. 90.* duplicem ſtatuentes condictionem; hoc ſcilicet ſenſu, quaſi condictio certi duas haberet oppoſitas ſpecies, condictionem generalem & ſpecialem: Hæc autem ex certis & propriis obligationibus naſceretur, veluti ex mutuo; &, quod pleriſque placuit, etiam ex ſtipulatu: generalem autem dicerent, quæ cum aliis concurreret. Non quod exiſtimarent, generalem condictionem ex ulla obligatione dari; ut ipſis imputare videntur nonnulli D. D. ſed quod condictionem certi ſpecialem diſtinctæ putarent eſſe naturæ à cæteris condictionibus certi, quæ ſub communi genere condictionis certi continentur. Abſurdum enim putarunt admittere, quod ex contractibus frequentiſſimis, quales ſunt mutuum & ſtipulatio, nulla debeat naſci propria actio; cum præſertim Juſtinianus expreſſe de mutuo dicat, ex eo contractu naſci actionem, quæ vocatur certi condictio. Si ergo hæc actio, inquiunt, ex hoc contractu naſcatur, non eſt eadem, quæ ex aliis omnibus. His tamen, quamvis ita non improbabili-

tur

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

ter diſputari videantur, non obſtantibus Ultramontani, ita enim intelligo eorum opinionem, exiſtimarunt condictionem certi, quæ ex mutuo vel ſtipulatu datur, ejuſdem eſſe naturæ cum cæteris condictionibus certi, neque adeo eſſe oppoſitam ſpeciem condictioni generali; ſed ſpeciem, quæ cum cæteris ex quacunque cauſa competentibus, ſub communi genere condictionis certi (quæ competit ex omni debito, quod eſt certum & determinatum *d. l. 9. ff. de reb. cred.*) continetur: cum enim hoc mutuo examuſſim congrueret, minus è re viſum fuit novam mutui actionem comminiſci. Pro qua ſententia maxime facit, quod nulla condictionis ex mutuo vel ſtipulatu diverſitas dari poteſt eſſentialis, qua à condictionibus, quæ ex cauſa legati aut venditionis &c. dantur, diſtinguatur; una enim eademque formula proponitur, ſive ex mutuo ſive aliunde agatur, facta tantum alterius cauſæ mentione, ut ſatis clare docet Imperator Juſtinianus *in §. 1. I. quib. mod. re contr. obl. & JCtus Gajus in l. 5. §. 3. ff. de O. & A.* Errant etenim qui hanc ſtatuunt differentiam, quod in cæteris ſpeciebus ſufficiat ſine cauſa certum petere; in condictione certi ſpeciali ex mutuo, & ſtipulatu, neceſſe ſit certi petitioni adjicere cauſam mutui, aut ſtipulationis, cum in omni actione, ne ea inepta ſit, cauſam petendi exprimere oporteat, cumque ea ſpeciem futuræ litis demonſtrare debeat *l. 3. C. de edend.* ut reus inde intelligat cedere an contendere velit *auth. offeratur. C. de lit. cont.* Nulla ergo eſt condictio certi, niſi adſit ſpecialis obligatio ejuſque cauſa, ſive contractus, ſive delictum ſive aliud negotium *d. l. 9. ff. de reb. cred.* Quæ cum ita ſeſe habeant, neceſſario etiam conſequitur condictionem certi generalem, conſideratam abſque ſpeciali cauſa obligationis, in intellectu tantum noſtro, tanquam ens ſolius rationis, fundari, neque extra cogitationem uſpiam ſubſiſtere. Atque hac ratione parum abeſſe videretur, quin hæc D. D. de condictione certi generali diſputatio de lana caprina dicenda eſſet. Ultramontanorum autem, uti ſubantea à nobis expoſita eſt, ſententiæ, poſt viros *Clariſſ. Bachov. Vinni Voet. ad d. pr. I.* calculum ſuum adjicit ſolidiſſimus JCtus Joh. Fred. Bockelm. in eleganti (utinam ad umbilicum perducto) de actionibus tractatu *cap. 3. p. 13. §. 5. & ſeqq. ubi in §. 9.* & alia circa hanc condictionem certi generalem opinionum monſtra profligat.

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

Satis ex iis, quæ in ſuperioribus allata, manifeſtum puto, quænam ſit natura & indoles hujus certi condictionis. Quare, ne verboſa nimium fiat hæc diſputatio, intra terminos ab ipſo Imperatore (cujus ubique, quantum fieri potuit, veſtigia preſſimus,) quodammodo præſcriptos, fas erit ſubſiſtere; cum jam & diſſertationis à nobis impletus ſit modus. Quod ſi vero rem acu ubivis haud tetigero, voluntas pro facto reputanda erit *l. 11. ff. de cond. inſt.*

F I N I S.

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137

Early European Books, Copyright © 2011 ProQuest LLC.
Images reproduced by courtesy of Koninklijke Bibliotheek, Den Haag.
445 E 137